



Leningen apert onzakelijk, afwaardering niet aftrekbaar

22 april 2013

Een onzakelijke lening is een lening, waarbij geld wordt geleend 'onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat de geldgever een debiteurenrisico loopt dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard'. Voor de beoordeling daarvan is de rentevergoeding op de lening niet beslissend: als de rente naar objectieve maatstaven te laag is, moet die voor de fiscale winstberekening worden gecorrigeerd tot een zakelijke vergoeding. Maar als zo'n zakelijke rente waarbij een onafhankelijke derde bereid zou zijn om de lening te verstrekken niet kan worden vastgesteld, dan heeft de geldgever een onzakelijk debiteurenrisico (ODR) gelopen. En dat heeft tot gevolg dat hij een afwaardering op die lening, als de schuldenaar insolvabel is, niet in aftrek kan brengen.

Gérard Offergeld verstrekke in 2001 en 2002 twee leningen aan zijn BV X tegen een rente van 4%. In de leenovereenkomsten was geen aflossingsregeling afgesproken, BV X had geen zekerheden gesteld. BV X gebruikte het geleende geld om aandelen in een Duitse GmbH te kopen. Die GmbH ging niet goed: op 17 april 2002 werd surseance van betaling gevraagd. De GmbH keerde vanaf begin 2002 geen dividend meer uit, en daardoor stagneerde de inkomsten in BV X. Als gevolg daarvan stopte BV X met rentebetalingen op de leningen. Offergeld boekte de door hem verstrekte leningen, plus de bijgeboekte rente, in 2004 af tot op nihil: in zijn aangifte claimde hij aftrek van een verlies van € 262.668 op de aan de BV terbeschikkinggestelde leningen. De inspecteur accepteerde dat verlies niet: hij stelde zich op het standpunt dat de beide leningen als 'onzakelijke leningen' aangemerkt moesten worden, en dat Offergeld de afwaardering op die leningen niet ten laste van zijn inkomen kon brengen omdat hij bij het verstrekken van de leningen een onzakelijk debiteurenrisico had aanvaard.

Hof Amsterdam was het daarmee eens. In cassatie besliste de Hoge Raad dat bij de beoordeling of een lening als onzakelijk aangemerkt moet worden, de afgesproken rente niet van beslissende betekenis is. Als de rente niet zakelijk is, moet die voor de fiscale winstberekening alsnog gesteld worden op een zakelijke vergoeding. De Hoge Raad verwees de zaak naar Hof Den Haag, omdat niet duidelijk was op welke grond(en) Hof Amsterdam had vastgesteld dat belanghebbende bij de verstrekking van de leningen een onzakelijk debiteurenrisico had aanvaard.

Hof Den Haag besliste dat de inspecteur terecht gesteld had dat de leningen van belanghebbende aan zijn BV volstrekt onzakelijk waren. Belanghebbende had de leningen verstrekt om de BV in staat te stellen een deelneming in de GmbH te verwerven. BV X had zelf geen winstgenererende activiteiten en nagenoeg geen andere activa dan de deelneming in de GmbH. Belanghebbende had geen zekerheid bedongen voor de door hem verstrekte leningen, noch enige aflossing afgesproken. En dat was volstrekt onzakelijk: geen enkele zakelijk handelende geldverstrekker zou accepteren dat de rentebetaling en aflossing op de lening enkel gewaarborgd is als de waarde van de deelneming stijgt.

Belanghebbende had een debiteurenrisico op zich genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd: de afwaardering van de leningen was niet aftrekbaar.

Commentaar

De Hoge Raad heeft in een serie arresten van eind 2011 begin 2012 uiteengezet hoe omgegaan moet worden met onzakelijke leningen; zie ook BelastingBelangen, april 2012: [De aanpak van onzakelijk debiteurenrisico: de ODR-toets](#). Die toets kon belanghebbende in deze procedure niet baten: de door hem verstrekte leningen waren apert onzakelijk omdat rentevergoeding én aflossing op de leningen slechts mogelijk was als de met de leningen gekochte deelneming in waarde zou stijgen. Dat risico zou geen enkele zakelijk handelende schuldeiser aanvaarden.